

NOTE JURIDIQUE REFUS VACCINATION OBLIGATOIRE

Cette présente note vise à rappeler le cadre juridique de l'obligation vaccinale à l'égard des personnels soignants.

A ce jour les personnels soignants sont soumis à l'obligation vaccinale en application de la loi du 5 août 2021. Cette obligation ne tient compte ni du lieu où s'exerce l'activité de ces agents, ni de la nature de leurs missions.

Aujourd'hui, il est prévu de leur appliquer des suspensions sans rémunération ou bien encore des sanctions pour refus de satisfaction à l'obligation vaccinale.

Si une telle obligation est applicable en raison du principe du privilège du préalable qui veut qu'une loi ou un acte administratif s'applique dès son édicition et est présumé légale, en revanche, ces mêmes normes sont soumises au principe du respect de la hiérarchie des normes.

Parce que des conséquences désastreuses vont avoir lieu à l'égard des agents récalcitrants, nous devons vous rappeler les risques juridiques auxquels s'expose l'administration en appliquant cette loi sans discernement.

Par la présente, je souhaite porter à votre connaissance que l'application stricte de cette loi n'est pas sans risque juridiquement.

I- Un cadre juridique constitutionnel et conventionnel très discutable :

A titre liminaire, j'évoquerai la problématique de l'autorisation de mise sur le marché conditionnelle dont dispose les vaccins mis en circulation en France (A). Ensuite, j'évoquerai la question de la conformité de cette loi (B).

A) L'incompatibilité de l'AMM conditionnelle avec une vaccination obligatoire :

Lorsque l'on vaccine une population en bonne santé pour une maladie qui ne les tuera pas, on se doit de leur proposer un produit qui soit d'une très haute qualité.

Sur ce dernier point, rien n'est certain.

Le gouvernement rappelle sur son site officiel les différentes phases intervenant dans le cadre d'une mise en circulation d'un vaccin.

Il rappelle ainsi que les essais cliniques sur l'homme se déroulent en trois phases (plus une quatrième phase après l'autorisation de mise sur le marché pour vérifier l'innocuité du vaccin à long terme et son efficacité à grande échelle et chez des personnes présentant des affections chroniques) :

Phase 1 et 2 : dans des centres cliniques spécialisés, sont étudiés la tolérance et la production d'anticorps sur un petit groupe de personnes en bonne santé (entre 10 et 500) ;

Phase 3 : à l'hôpital, en centres d'essais privés ou chez les médecins traitants habilités, le vaccin prometteur est comparé à un placebo ou à un vaccin comparateur ayant déjà une autorisation de mise sur le marché¹. Elle permet d'évaluer l'intérêt thérapeutique du médicament sur un nombre de patients beaucoup plus important.

Phase 4 : ces études sont réalisées après la mise sur le marché du vaccin. Elles permettent de vérifier l'innocuité à long terme ainsi que l'efficacité du vaccin à grande échelle et chez des personnes pouvant présenter des affections chroniques.

Nous sommes donc actuellement en phase 3 dans le cadre des essais cliniques sur l'homme.

C'est dans le cadre de cette phase 3, que les entreprises pharmaceutiques ont sollicité une autorisation de mise sur le marché.

Rappelons que selon l'Agence Nationale de Sécurité du médicament et des produits de Santé, que les Autorisations de mises sur le marché (AMM) des vaccins sont délivrées par la Commission Européenne. Cette AMM est valable dans tous les Etats membres de l'UE. Dans le contexte de la pandémie et de l'urgence de santé publique, les AMM sont dites conditionnelles².

¹ <https://www.gouvernement.fr/la-strict-procedure-de-mise-sur-le-marche-des-vaccins-contre-la-covid-19>

² <https://ansm.sante.fr/dossiers-thematiques/covid-19-vaccins/covid-19-vaccins-autorises>

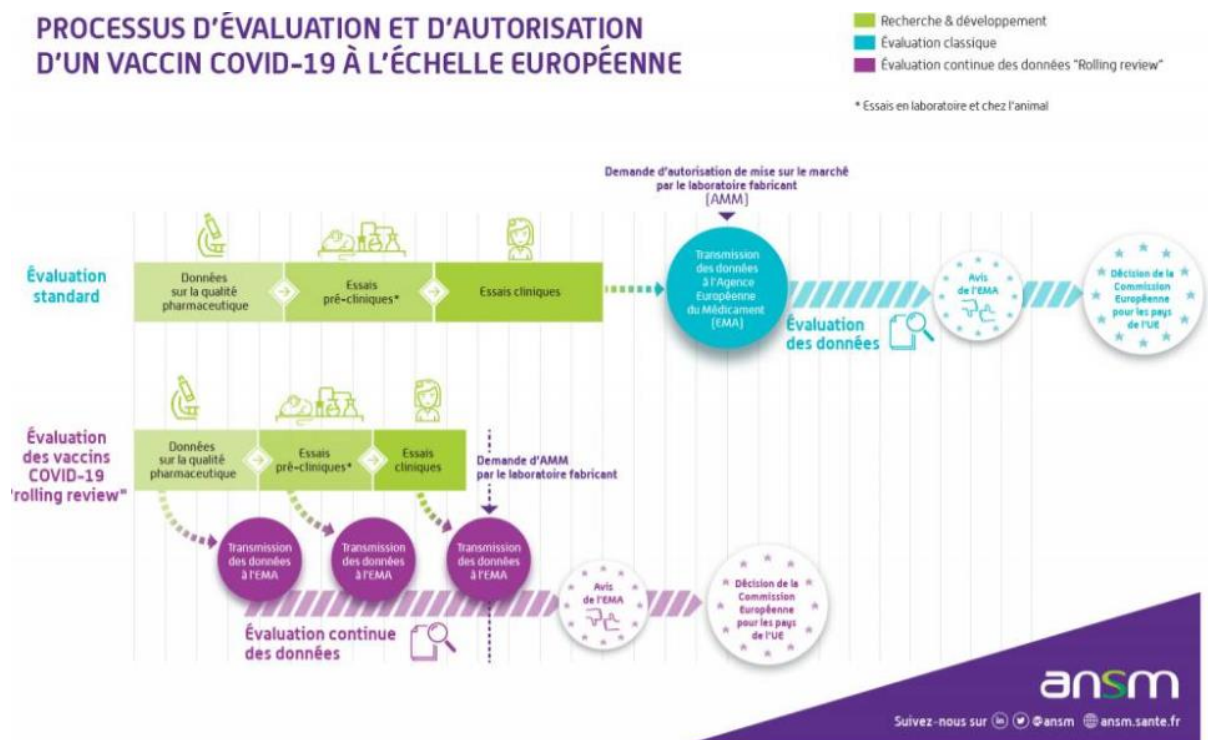
Les dispositions de l'article L. 5121-8 du code de la santé publique rappellent les conditions dans lesquelles une AMM peut être donnée.

Une fois qu'une AMM conditionnelle a été accordée, les laboratoires doivent fournir les données complémentaires provenant d'études nouvelles ou en cours dans des délais fixés par l'EMA pour confirmer le rapport bénéfice / risque positif.

Par conséquent, une fois les vaccins approchant de la phase finale de leur développement, les laboratoires déposent un dossier d'autorisation de mise sur le marché.

Étant donné le contexte, cet examen approfondi est réalisé en continu au fur et à mesure que les résultats des études sont disponibles, ce qui permet de réduire les délais. Moins de trois mois ont ainsi été nécessaires aux premiers vaccins contre la Covid-19 pour obtenir une AMM³.

L'ANSM a résumé la situation suivante de manière schématique :



À ce jour, quatre vaccins contre la Covid-19 ont bénéficié d'une AMM conditionnelle :

1. Corminarty (Pfizer-BioNTech, 21 décembre 2020) ;
2. Moderna (6 janvier 2021) ;
3. Vaxzevria (AstraZeneca, 29 janvier 2021) ;
4. Janssen (Johnson & Johnson, 11 mars 2021).

³ idem

L'ANSM rappelle que les autorisations de mise sur le marché doivent répondre à plusieurs conditions⁴ :

- Démonstration de l'**efficacité du produit** par rapport à la maladie visée, le profil des patients et la posologie recommandée ;
- Preuve des **effets indésirables prévisibles** liés à l'utilisation du produit et à sa fréquence ;
- Examen de la **qualité chimique, biologique ou microbiologique du médicament**, ainsi que la qualité des procédés de fabrication ;

Il s'écoule en moyenne une dizaine d'années entre la découverte d'une nouvelle molécule et sa commercialisation sous forme de médicaments, délai qui peut s'avérer trop long pour faire face à des pandémies.

En effet, avant d'obtenir l'autorisation de mise sur le marché dans un ou plusieurs États membres, un médicament à usage humain doit généralement faire l'objet d'études approfondies visant à assurer sa sécurité, sa qualité et l'efficacité de son utilisation sur la population cible.

Les règles et les procédures d'obtention d'une autorisation de mise sur le marché sont énoncées dans la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain ainsi que dans le règlement(CE) no726/2004.

Cependant, afin de répondre aux besoins médicaux non satisfaits des patients et dans l'intérêt de la santé publique, il peut être nécessaire d'accorder des autorisations de mise sur le marché conditionnelle.

Les conditions de délivrance d'autorisation de mise sur le marché conditionnelle ont été précisées par le règlement du 29 mars 2006 (Règlement no 507/2006 de la Commission, 29 mars 2006, JOUE, no L 92, 30 mars).

Tous les vaccins COVID-19 ont obtenu une AMM conditionnelle, par dérogation à l'AMM qui doit être obtenue par tout producteur de médicaments, conformément à l'article L5121-8 du code de la santé publique.

L'article 2 du règlement de 2006 fixe les conditions dans lesquelles il est possible de bénéficier d'une autorisation de mise sur le marché conditionnelle.

Cet article prévoit ainsi que les AMM conditionnelles concernent :

« 1) Médicaments destinés au traitement, à la prévention ou au diagnostic médical de maladies invalidantes graves ou de maladies potentiellement mortelles;

2) médicaments destinés à être utilisés dans des situations d'urgence en réponse à des menaces pour la santé publique dûment reconnues soit par l'Organisation mondiale de la santé soit par la Communauté dans le cadre de la décisionno2119/98/CE;

⁴ <https://ansm.sante.fr/page/autorisation-de-mise-sur-le-marche-pour-les-medicaments>

3) médicaments désignés comme médicaments orphelins conformément à l'article 3 du règlement (CE) no141/2000 ».

Ensuite, l'AMM peut être accordée « bien que des données cliniques complètes concernant la sécurité et l'efficacité du médicament n'aient pas été fournies », si toutes les exigences ci-après sont satisfaites :

« Article 4 – Exigences :

1. Une autorisation de mise sur le marché conditionnelle peut être accordée lorsque le comité constate que, bien que des données cliniques complètes concernant la sécurité et l'efficacité du médicament n'aient pas été fournies, toutes les exigences ci-après sont satisfaites :

a) le rapport bénéfice/risque du médicament, tel que défini à l'article 1er, point 28bis), de la directive 2001/83/CE, est positif ;

b) il est probable que le demandeur pourra fournir par la suite les données cliniques détaillées ;

c) le médicament répond à des besoins médicaux non satisfaits⁴⁴ ;

d) les bénéfices pour la santé publique découlant de la disponibilité immédiate du médicament concerné sur le marché l'emportent sur le risque inhérent au fait que des données supplémentaires sont encore requises.

Dans les situations d'urgence visées à l'article 2, paragraphe 2, une autorisation de mise sur le marché conditionnelle peut être accordée, moyennant le respect des exigences énoncées aux points a) à d) du présent paragraphe, également lorsque les données précliniques ou pharmaceutiques sont incomplètes ».

L'autorisation de mise sur le marché conditionnelle est accordée avant que toutes les données soient disponibles.

En résumé le vaccin contre la covid-19 présente les particularismes suivants :

- Il se trouve toujours en phase III, phase durant laquelle il convient d'évaluer l'intérêt thérapeutique du vaccin et pour lesquels il est demandé des études approfondies de la part des laboratoires pharmaceutiques ;
- La phase IV permettant de déterminer sur le long terme les effets indésirables graves et l'efficacité du produit n'a pas encore eu lieu ;
- Les vaccins proposés sont des vaccins à type ARN, ce qui est un procédé plutôt novateur, se distinguant des vaccins classiques qui reposent sur l'administration d'un agent infectieux atténué ou inactivé ou bien sur celle de certaines de ses protéines ;

Le caractère « conditionnel » de l'AMM implique dans l'idée même de ce régime juridique, qu'il existe une incertitude. Cette incertitude n'est pas sans risque.

Sans entrer dans les détails d'études scientifiques qui seront contredites ou confirmées par d'autres, nous pouvons conclure que la prudence recommanderait de laisser un libre choix aux personnels soignants de se recourir ou non à cette vaccination, en l'état actuel des connaissances.

Or, en indiquant que cette vaccination est obligatoire avec les conséquences dramatiques d'un refus, ce choix n'existe plus, et les personnels soignants se retrouvent contraints, malgré eux, de faire partie de la phase III, c'est-à-dire des essais thérapeutiques des vaccins Covid-19.

L'urgence qui a commandé cette mesure n'est jamais bonne conseillère.

B) La discutabilité de la loi à la Constitution et aux conventions internationales :

Le Conseil Constitutionnel a été saisi par plusieurs autorités avant la promulgation de la loi. Le Conseil Constitutionnel a rendu une décision le 5 août 2021 dans laquelle il conclut à l'inconstitutionnalité partielle de la loi.

➤ Conseil Constitutionnel 5 août 2021 n°2021-824 DC ;

Or, le juge constitutionnel ne peut pas statuer *ultra petita*. Il est ainsi tenu de répondre uniquement aux moyens d'inconstitutionnalité soulevés par les auteurs de la saisine.

Les dispositions relatives à la vaccination obligatoire ne font pas partie des dispositions ayant été soumises à l'appréciation des juges de la rue Montpensier.

La constitutionnalité de cette mesure est donc tout à fait discutable tant elle remet en question des normes qui lui sont supérieures.

Sans entrer dans un catalogue à la Prévert, j'attirerai votre attention sur les normes constitutionnelles suivantes qui apparaissent méconnues par les dispositions de la loi que vous vous apprêtez à appliquer :

- Les alinéas 5 et 10 du préambule de la Constitution de 1946 garantissant le droit à un travail et aux conditions nécessaires au développement de l'individu et de sa famille ;
- Le principe d'égalité dès lors que la vaccination ne permet pas d'assurer la non contamination et la non transmission du virus, ne plaçant pas les personnes vaccinées dans une situation différente des personnes non vaccinées ;
- Le respect de l'intégrité physique composante de la liberté individuelle, qui donne le droit de consentir et donc de refuser un vaccin quand bien même ce dernier est obligatoire ;

Sur le plan de la Cour EDH, les dispositions de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sont manifestement méconnues.

De l'article 8 de la Convention européenne interprété de façon très dynamique, est issue l'autodétermination, en vertu de quoi la personne entend imposer et faire respecter ses choix de vie par la société. La vie privée s'entend en effet, selon la Cour européenne, comme « *le*

droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures ».

- Cour EDH 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni* n°2346/02 § 61,

Récemment, la Cour a eu à se prononcer sur la question de la vaccination obligatoire infantile imposée en République Tchèque.

Cette dernière a validé le principe d'une telle vaccination en rappelant que cela relevait de la marge d'appréciation des Etats. Elle rappelait ainsi qu'il n'existait pas de position de principe sur la vaccination obligatoire laquelle relève davantage de choix politique que scientifique.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a énoncé que la vaccination obligatoire est compatible avec une société démocratique sous cinq conditions :

1. La vaccination existait depuis de nombreuses années ;
2. Les maladies contre lesquelles le vaccin lutte sont graves ;
3. Les effets secondaires sont connus et très largement en faveur de la santé ;
4. Les conséquences d'une non vaccination étaient temporaires et limitées ;
5. La vaccination obligatoire n'entraînait pas une contrainte physique à procéder à une vaccination ;

- Cour EDH, 8 avril 2021, *Vavříčka et autres c. Rép. Tchèque*, nos 47621/13

La loi du 5 août 2021 méconnaît chacune de ces conditions :

- Les vaccins contre la Covid-19 sont récents ;
- La covid-19 est mortelle pour une infime partie de la population, laquelle est clairement identifiée ;
- Les effets secondaires du vaccin sont toujours en cours d'évaluation, les connaissances scientifiques évoluant sans cesse ;
- Les conséquences d'un refus de vaccination sont disproportionnées puisque la suspension ne connaît pas de limite de temps ;
- La perte de toute rémunération constitue une pression psychologique qui conduit à rendre cette vaccination obligatoire en une injection forcée ;

Face à une telle méconnaissance de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, le juge qui serait saisi d'une décision de suspension sans rémunération, pourrait écarter l'application de cette loi.

En effet, le Juge judiciaire et le Juge administratif exercent un contrôle de conventionnalité des Lois, et se doivent donc d'écarter les normes internes contraires à des normes de droit primaire ou de droit dérivé, et notamment d'écarter une loi incompatible avec une norme européenne quand bien même celle-ci serait postérieure à la norme internationale.

- Conseil d'Etat 20 octobre 1989 *Nicolo* n°108243 ;

Cette solution s'applique également pour les règlements européens et les directives.

- Conseil d'Etat 24 septembre 1990 n°58657 *Boisdet* ;

- Conseil d'Etat 28 février 1992 SA Rothmans International France et Philip Morris n°56776 ;

Le juge pourra donc écarter la loi et faire application des règles internationales, lesquelles ne permettront pas des suspensions sans rémunération.

Par voie de conséquence, ces décisions pourront être annulées avec toutes les conséquences indemnitaires que cela impliquera.

II- Un cadre disciplinaire très incertain :

Le juge judiciaire ou administratif applique le principe de réalité. Ainsi, ils ne tiennent pas compte de la qualification juridique du législateur ou de l'administration et regarderont plutôt les effets ou l'objet de la décision plutôt que son appellation.

A) Le risque de requalification :

Vous indiquez donc que la décision de suspension sans rémunération n'est pas une sanction administrative et qu'à ce titre il n'est pas nécessaire de mettre en place une procédure disciplinaire garantissant au fonctionnaire d'être jugé par un organe indépendant et impartial et produire les éléments de sa défense.

Rappelons d'ailleurs que le législateur ne dit nullement qu'il ne s'agit pas d'une sanction. Il s'agit donc d'une interprétation effectuée par vos services.

L'article 81 de la loi du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière évoque les sanctions disciplinaires, lesquelles sont réparties en 4 groupes.

La décision de suspension sans rémunération envisagée par la loi du 5 août 2021, ressemble dans ses effets à la **décision d'exclusion temporaire de fonctions**, laquelle est privative de toute rémunération. Cette sanction épouse en tout point la décision de suspension sans rémunération envisagée par la loi du 5 août 2021.

Il résulte de ce qui précède que ces décisions pourront être requalifiées par le juge en décision d'exclusion temporaire des fonctions.

B) Les conséquences dangereuses d'une requalification :

Ces conséquences sont doubles et doivent impérativement être portées à votre connaissance avant que vous procédiez à l'application de la loi.

1) L'organisation d'une procédure disciplinaire :

Dès lors que la mesure envisagée par la loi a des effets similaires à une sanction disciplinaire, le juge pourra tout à fait la requalifier. Il s'en suivra un risque d'annulation de telles mesures devant conduire votre établissement à organiser à la hâte, des procédures disciplinaires à l'encontre de vos agents suspendus sans rémunération.

2) *La possibilité de cumul d'emploi :*

Le Conseil d'Etat a eu récemment la possibilité de se prononcer sur la possibilité du cumul d'emploi en cas d'exclusion temporaire.

Rappelons que digne d'un emploi, les fonctionnaires le sont, et le doivent en raison de la confiance qu'ils inspirent et des missions de service public qu'ils doivent accomplir. Pour s'assurer de cette réalité, le législateur a interdit par principe qu'ils exercent d'autres activités que celles qui leur donnent la qualité de fonctionnaire.

Un fonctionnaire, par sa qualité, bénéficiera de droits et aussi de devoirs comme celui de consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées.

Cette interdiction du cumul d'activité est prévue à l'article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983.

Ainsi l'article 25 septies dispose « (...) IV. *Le fonctionnaire peut être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève à exercer à titre accessoire une activité, lucrative ou non, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé dès lors que cette activité est compatible avec les fonctions qui lui sont confiées et n'affecte pas leur exercice (...)* ».

Exclu temporairement, l'agent public cesse temporairement ses fonctions.

Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que « *L'exécution de la sanction ne fait, ainsi, notamment obstacle ni à ce que l'agent public exerce, tout en conservant son emploi public, un autre emploi, sous réserve du respect des obligations déontologiques qui s'imposent à lui, ni à ce qu'il sollicite, s'il s'y croit fondé, le bénéfice du revenu de solidarité active prévu par l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles* ».

➤ Conseil d'Etat 3 juin 2019 n°424377 ;

Il résulte de ce qui précède que vos agents auront tout à fait la possibilité de trouver un autre emploi avant qu'il ne soit définitivement décidé par votre établissement de procéder à leurs radiations.

III- **L'interdiction de la suspension de rémunération pendant un arrêt maladie :**

La loi du 5 août 2021 indique que pour continuer d'exercer son activité, l'agent public devra satisfaire à son obligation de vaccination.

Il résulte des dispositions de l'article 34 de la loi du 11 janvier 1984 et de l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 que le fonctionnaire qui fait l'objet d'une mesure de suspension est maintenu en position d'activité, et dispose dans cette position du droit à congé de maladie en cas de maladie dûment constatée le mettant dans l'impossibilité d'exercer les fonctions qu'il exercerait s'il n'était pas suspendu. Aussi le droit au congé de maladie ne peut-il être

légalement refusé à un fonctionnaire au seul motif qu'à la date de sa demande il fait l'objet d'une mesure de suspension.

- Conseil d'Etat 22 février 2006 n°279756 ;

Il ne résulte donc d'aucun texte que vous puissiez procéder, pendant un arrêt maladie dûment constatée mettant vos agents dans l'impossibilité d'exercer leurs fonction de :

- Leur enjoindre d'accomplir leur schéma vaccinal durant cet arrêt ;
- De continuer de leur adresser via leurs boîtes mails personnels ou téléphones personnels une quelconque instruction ;
- De suspendre leur rémunération durant un tel arrêt ;

Une telle décision serait manifestement illégale et serait immédiatement attaquée devant les juridictions compétentes.

IV- La problématique des stickers :

De nombreux établissements soumis à l'obligation vaccinale ont pris l'initiative, pour des raisons d'organisation du service, d'instaurer des stickers afin de trier leur personnel en raison de la réalisation par ces derniers d'une vaccination ou non.

Cette mesure apparaît manifestement illégale et appelle les remarques suivantes.

Nous nous permettrons donc un rappel du cadre juridique (A) avant d'enjoindre aux établissements concernés de renoncer à cette décision manifestement illégale (B).

A) Les obligations pesant sur les personnels de santé :

Afin de protéger les plus à risque de développer des formes graves de la maladie, le législateur a établi une obligation de vaccination contre la covid-19 pour les personnes exerçant leur activité dans les établissements et services de santé et médico-sociaux, ainsi que pour les professionnels de ville, les professionnels intervenant à domicile auprès des personnes fragiles, les sapeurs-pompiers et les membres des associations agréées de sécurité civile, ou encore les transporteurs sanitaires.

Dans ce contexte de reprise épidémique, les autorités médicales et scientifiques convergent pour estimer que la vaccination constitue le moyen le plus efficace de maîtriser durablement l'épidémie et est de nature à lutter contre un accroissement excessif de la pression hospitalière.

Selon le point épidémiologique de Santé publique France du 16 juillet 2021, 81,6 % des professionnels de santé libéraux ont reçu une première dose de vaccin quand 77,1 % ont un schéma vaccinal complet. Pour les professionnels exerçant en EHPAD et USLD, les taux sont plus faibles : respectivement 62,4 % et 52,7 % .

La Haute Autorité de Santé Publique préconisait une vaccination obligatoire de ses personnels de santé pour les raisons suivantes :

- Une dégradation de la situation épidémique ;
- L'efficacité des vaccins notamment à l'égard des variants ;
- Le niveau insuffisant de la couverture vaccinale des professionnels au contact des plus âgés ;
- Les risques liés à la contamination des professionnels au contact des personnes vulnérables ;

Cette obligation vaccinale à l'encontre de la covid-19 a été consacrée par la loi n°2021-1040 du 5 août 2021.

Cette obligation répond à un calendrier précis, mis en œuvre de manière indifférenciée en trois temps :

- à compter du 9 août 2021 et jusqu'au 14 septembre 2021 : les professionnels de santé seront soumis à pass sanitaire pour accéder à leur poste et auront la possibilité de présenter soit un schéma vaccinal complet, soit un certificat de rétablissement, soit un test de non contamination de moins de 72h, soit un certificat médical de contre-indication qui pourra comprendre une date de validité ;
- à compter du 15 septembre 2021 et jusqu'au 15 octobre 2021 (date d'entrée en vigueur de l'obligation vaccinale) : les professionnels soumis à l'obligation vaccinale seront autorisés à exercer leur activité à condition de justifier de l'administration d'au moins une des doses requises dans le cadre du schéma vaccinal à plusieurs doses et de présenter le résultat d'un test de non contamination.
- À compter du 15 octobre 2021, ces professionnels de santé devront avoir été vaccinés pour exercer leur activité. À défaut de respecter ces exigences, il leur sera interdit d'exercer l'activité en question, et la prolongation de cette situation pendant plus de deux mois pourra, en l'absence d'alternative, conduire à des licenciements ou à la cessation de leurs fonctions.

Plus précisément, les professionnels réticents à la vaccination s'exposent à une suspension de leur contrat de travail ainsi qu'à un gel de leur salaire sauf à considérer l'existence de solutions alternatives tenant :

- 1/ au bénéfice de jours de congés et/ ou de repos en lieu et place de la période de suspension privative de rémunération : solution, par essence, temporaire, insusceptible de pérennisation.
- 2/ au bénéfice d'affectations à des postes placés hors périmètre de l'obligation vaccinale : Compte tenu de la spécificité des qualifications desdits personnels et des activités des établissements de votre branche, il sera, concrètement, impossible de procéder à une affectation d'attente située hors du champ d'exigence de la vaccination obligatoire.

Le justificatif devra être présenté à l'employeur, chargé du contrôle des salariés et agents publics sous sa responsabilité. Pour les autres personnes concernées, l'agence régionale de santé pourra interroger la base SI-Vaccin afin de procéder aux vérifications.

Vous noterez que la loi n'évoque aucune distinction physique de quelque nature que ce soit pour trier ses agents.

B) Le pouvoir réglementaire du chef d'établissement :

Au sein de l'hôpital, le directeur d'établissement est investi du pouvoir de nomination et de sanction.

D'une manière générale, en vertu de la jurisprudence Jamart, « *comme tout chef de service* » le chef d'établissement dispose d'un pouvoir de réglementation interne de l'administration placée sous son autorité.

- Conseil d'Etat 7 février 1936, Jamart (GAJA) ;

Comme on peut le lire sur le site du Conseil d'Etat, évoquant cet arrêt, ce pouvoir réglementaire est enfermé dans des limites strictes. Ce pouvoir ne s'exerce qu'à l'égard des seules personnes qui se trouvent en relation avec le service, soit qu'elles y collaborent, soit qu'elles l'utilisent. Il est ainsi possible de prendre des mesures réglementaires applicables aux usagers de ces services dès lors qu'elles sont nécessaires au bon fonctionnement du service.

Vous avez ainsi le droit mais aussi l'obligation de procéder à l'application des normes juridiques applicables dans l'établissement dont vous avez la charge.

Cependant, je rappelle que ce pouvoir réglementaire dont vous disposez est susceptible de faire l'objet d'un recours devant un juge.

Tel est le cas de la décision de soumettre votre personnel à des stickers pour conditionner et faciliter leur accès à leur établissement.

Le Conseil d'Etat a rappelé récemment qu'un recours à l'encontre de « *documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif* » est recevable.

- Conseil d'Etat, 12 juin 2020, n°418142

Ainsi, cette note de service est susceptible d'être querellée en justice.

Rappelons que les dispositions de l'article 14 de ladite loi, complétée par le Décret n°2021-1059 du 7 août 21 prévoient les modalités suivantes :

- Du 07/08/21 au 14/09/21 : présentation du Pass Sanitaire tel que défini à l'article 1er II B : présentation du résultat d'un examen de dépistage virologique, test ou autotest, ne concluant pas à une contamination par la covid 19 datant de moins de 72H (et non 48H comme vous l'indiquez dans votre note du 06/08/21) OU justificatif de statut vaccinal concernant la Covid 19 OU certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid 19, sous format papier ou numérique ;

- Du 15/09/21 au 15/10/21 : Justificatif d'injection d'au moins une dose d'un vaccin ET résultat d'un dépistage de moins de 72H OU certificat médical de contre-indication ;
- A compter du 16/10/21 seulement : présentation d'un certificat vaccinal complet OU certificat médical de contre-indication.

La loi n'a prévu que ces seules modalités de mise en œuvre progressive de l'obligation vaccinale et n'a en aucun cas permis d'autres formes de contrôle du personnel.

C) L'illégalité manifeste d'une telle décision :

L'apposition d'un Sticker holographique pour les agents totalement vaccinés est contraire à la loi et au décret susvisé en ce qu'elle instaure une distinction entre les agents ou salariés qui reposent sur des critères autres que le mérite.

Votre note porte atteinte à de nombreuses libertés fondamentales.

■ Le principe d'égalité :

Le principe d'égalité trouve sa base dans les textes constitutionnels et fait l'objet d'une application protéiforme (article 1er et 6 de la DDHC).

L'article 14 de la CEDH prohibe la discrimination dans l'assurance de la jouissance des « droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ».

L'article 1 du Protocole n°12, quant à lui, étend le champ de la protection à « tout droit prévu par la loi ». Il introduit donc une interdiction générale de discrimination.

Le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier.

■ Conseil d'Etat 22 décembre 2020 n°439804

L'article 6 de la loi n°83-634 du 13/07/1983 prévoit également qu'aucune distinction directe ou indirecte ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur état de santé.

Rappelons qu'un système de sélection fondé sur des critères étrangers à la capacité des candidats méconnaît le principe d'égal accès aux emplois publics.

- Conseil d'Etat 10 janvier 1986, Féd. nationale des travailleurs de l'État CGT, req. no 62167

Le principe d'égalité des agents publics s'applique également dans le traitement de l'administration envers ses agents.

Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires appartenant à un même corps trouve à s'appliquer fréquemment aux règles d'avancement, à des mesures à caractère pécuniaire, mais également pour d'autres mesures.

Une distinction peut être fondée sur l'état de santé lorsqu'elle repose sur un but légitime tel que la protection de la santé publique.

Or, une telle décision ajoute une condition à la loi qui n'était pas prévue et qui est manifestement disproportionnée par rapport à l'objectif légitime poursuivi.

En effet, l'instauration de cette distinction visuelle n'est pas en lien avec l'objet de la loi mais a uniquement pour but de stigmatiser et de simplifier les flux de vos agents.

Cette différence de traitement qui est sans rapport avec l'objet de la loi crée une distinction de traitement qui est disproportionnée.

➤ L'instauration d'un délit :

Une telle décision crée une nouvelle disposition, non prévue par les textes, consistant à distinguer les « bons » agents entièrement vaccinés des autres et ce, alors que l'obligation vaccinale n'entre en vigueur que le 15/09/21.

En outre, un tel « étiquetage » des agents ou salariés est constitutif du délit de discrimination prévu et réprimé par les articles 225-1 et 225-2 du Code Pénal et qui disposent :

Art.225-1 CP : Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement (...) de leur état de santé. »

Art.225-2 CP : La discrimination définie aux articles 225-1 à 225-1-2, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : (...) 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. (...) »

L'instauration d'un tel Sticker, avant toute obligation vaccinale légale, est constitutif du délit de harcèlement moral prévu et réprimé tant par le Code Pénal que l'article 6 quinquies de la loi n°83-634 du 13/07/1983 en ce que cet « étiquetage » a pour but ou pour effet, d'inciter votre personnel à déférer, de manière anticipée, à l'obligation vaccinale.

Ce type de mesure dont la finalité est d'inciter les agents à rejoindre les membres du personnel déjà totalement vaccinés lesquels, vont jouir d'une liberté de circuler dans l'établissement plus aisée, plus rapide et sans contrainte et feront office aux yeux de tous, de « bons élèves », constitue une indéniable pression morale réprimée par notre arsenal juridique.

C'est une atteinte aux droits et à la dignité de l'ensemble des agents !

➤ L'atteinte au secret médical :

La qualité de la relation entre un professionnel de santé et son patient repose sur un lien de confiance qui, lui-même, dépend en grande partie du respect du secret médical, tel qu'affirmé à l'article 4 du code de déontologie des médecins et protégé par l'article L. 1110-4 du code de la santé publique.

L'article L. 1110-4 constitue une déclinaison du droit au respect de la vie privée, lui-même découlant de l'article 4 DDH (liberté individuelle).

Le secret médical étant une composante de la liberté individuelle, entre dans le champ de l'article 8 de la Convention EDH.

Le secret médical étant général et absolu, il ne peut être levé que dans des cas limitativement prévus par la loi. La présente loi ne met pas fin au secret médical.

Or, en l'espèce, les porteurs de badges sur lesquels seront collés les Stickers holographiques seront identifiés et surtout identifiables par l'ensemble des autres membres du personnel mais également par le public accueilli au sein du Centre Hospitalier : patients, visiteurs, fournisseurs, intervenants ponctuels etc... C'est donc une violation manifeste du secret médical à leur encontre mais bien évidemment, a contrario, à l'encontre des autres membres du personnel, non-stickérisés.

- Le droit à la vie privée et familiale ;

Le droit à la vie privée et familiale est protégé à l'article 8 de la Convention EDH.

Ce droit constitue également le fondement à un droit à la santé, un droit à l'autodétermination et à la vie sociale.

Au nom de ce droit, chaque individu est libre d'accepter librement un acte médical quel qu'il soit. Chaque individu a le droit au respect de son intégrité physique et morale.

Ainsi, quand bien même la vaccination est obligatoire, les individus ont le droit de la refuser et d'en assumer les conséquences. Ils ne doivent subir aucune pression pour avoir refusé un traitement.

La mise en place de tels Stickers porte atteinte à la vie privée de chaque agent et viole l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme du 04/11/1950 et contrevient à sa jurisprudence (Cf Arrêt SALVETTI c/Italie – CEDH Décision du 9 juillet 2002 ; n° 42197/98) ainsi qu'à bon nombre de conventions et de traités internationaux qui lient la France.

V- Le respect du secret médical :

Au sein de l'hôpital, le directeur d'établissement est investi du pouvoir de nomination et de sanction. C'est dans ces conditions que vous avez demandé à vos agents de justifier de leur satisfaction à l'obligation vaccinale en les enjoignant de vous transmettre à vous ou vos chefs de services directement ces informations.

Rappelons que vous avez le droit mais aussi l'obligation de procéder à l'application des normes juridiques applicables dans l'établissement dont vous avez la charge.

Cependant, je rappelle que ce pouvoir règlementaire dont vous disposez est susceptible de faire l'objet d'un recours devant un juge.

La décision de prendre connaissance en personne du statut vaccinal de votre agent ou salarié est manifestement contraire à de nombreux droits fondamentaux.

En effet, la qualité de la relation entre un professionnel de santé et son patient repose sur un lien de confiance qui, lui-même, dépend en grande partie du respect du secret médical, tel qu'affirmé à l'article 4 du code de déontologie des médecins et protégé par l'article L. 1110-4 du code de la santé publique.

L'article L. 1110-4 constitue une déclinaison du droit au respect de la vie privée, lui-même découlant de l'article 4 DDH (liberté individuelle).

Le secret médical étant une composante de la liberté individuelle, entre dans le champ de l'article 8 de la Convention EDH.

En l'espèce, si la loi permet à l'employeur de contrôler le respect de cette obligation, elle ne lui donne pas la possibilité de lever le secret médical à son bénéfice.

Il doit ainsi s'assurer que ses agents ou salariés justifient auprès de la médecine du travail du respect de son obligation vaccinale.

En application du code de la santé publique, les éléments du dossier médical sont couverts par le secret médical et aucun membre de l'entreprise n'a le droit de recevoir communication des éléments du dossier d'un salarié. Soumis au secret médical, le médecin du travail ne peut en aucun cas transmettre, notamment à l'employeur, le contenu du dossier médical.

En effet, Il est constant en revanche, que cette obligation de santé et de sécurité, obligation de moyens renforcée, n'assouplit pas, en matière de lutte contre la Covid-19, l'interdiction de principe pour l'employeur et sa direction des ressources humaines, de collecter et de traiter des données sensibles de son personnel - en particulier ses données de santé - en dehors des prévisions de l'article 9 du règlement européen.

Dès le 6 mars 2020, à l'aube du premier confinement, la CNIL avait rappelé ce principe dans un avis du 23 septembre 2020.

Le Comité européen de la protection des données avait immédiatement fait de même.

La loi du 5 juillet 2021 n'a pas modifié l'état du droit applicable.

En effet, pour être réputé avoir satisfait à cette obligation un agent dispose de trois possibilités

1. Un schéma vaccinal incomplet entre le 15 septembre 2021 au 15 octobre puis un schéma vaccinal complet au 15 octobre 2021 ;
2. Un certificat de rétablissement ;
3. Une contre-indication médicale temporaire ou totale à la vaccination ;

Vous n'avez nullement à savoir de quelle manière votre agent a satisfait à cette obligation. Vous pouvez seulement savoir si votre agent est apte ou non à continuer ses fonctions.

Dans ces conditions, les chefs de service, les services RH ou encore le chef d'établissement ne peuvent pas directement prendre connaissance du statut vaccinal de leurs salariés. Il leur faudra passer par les services de la médecine du travail, qui tenus au secret professionnel, devront se cantonner à indiquer si le salarié est apte ou non à effectuer son travail.

La violation du secret médical est passible de poursuites pénales et disciplinaires.

Pour faire valoir ce que de droit.

David GUYON.

